

国際私法上の行為能力

関 根 萬 之 助

人の身分及び能力は属人法 (Personalstatut) に従うという原則は、14 世紀イタリアにはじまりフランス、オランダを経て 19 世紀前半まで行われた法規分類説 (Statutentheorie) の伝統的考え方で、法規をその性質により分類し、主として人に関するものを人法 (*statuta personalia*)、物に関するものを物法 (*statuta realia*) として、後に d'Argentré が混合法 (*statuta mixta*) を加えたが、物法混合法の属地的なのに反して、人法の属人的な効力を主張した。すでに Bartolus は、*„Primo, utrum statutum porrigatur [extra territorium] ad non subditio? (一領域の法規はその領域に属せざる人にも及ぶや) Secundo, utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium? (一領域の法規の効力は) 〃* の命題を掲げ (Kegel, IPR 48; 600 年来注意されなかった *extra territorium* は私も Kegel, Gamillscheg と共に誤りとみて括弧した, vgl. Gamillscheg, Der Einfluss Dumoulin's, 54 Anm. 2,3), 国際私法における根本問題を剔決し、人法の属人性を認めて今日の属人法の端緒を開いたが、スコラ哲学の影響からかその形式的な文法解釈は後世嘲笑を買った。この人法物法及び混合法の分類は実質法規範における分類であった。註釈学派及びその後の人々は、statuten の牴触に関する彼等の研究を、Pandekten の個々の箇所に結び付けたが、ローマ法自体には *jus civile* が駆逐され *jus gentium* になっても、今日の国際私法の原則は含まれていなかった。今日の国際私法は、中世のゲルマン法にその源を発するといわれ、それはフランク時代ドイツの種族法 (*Stammesrecht*) とロマン民族に行われたローマ法との並存によって、法における人格の原則、すなわち人法の体系として属人法主義 (*Personalitätsprinzip*) が行われてからのことで、これは法はその民族団体 (*Volksverband*) の成員に適用されるもので、法こそ各個人の *Schutz* (保護) と *Schild* (楯) で、各人は諸々の法律関係においてその生来の種族法にしたがって判

断せらるべきものとした。この人法の体系も、中世後期において封建制度の成立と隷属関係の強化によって、ヨーロッパのすべての国々から姿を消した。封建制度は領土高権の確立と共に、封建法の領域にあるすべての人及び物は同一の法で支配するという、極端な属地法主義 (Territorialitätsprinzip) の主張となった。しかし、この封建制度も、十字軍の遠征による東西文化の交流は地中海沿岸諸都市の急速な勃興を促し、近代的商工業の発展は通商貿易の拡大となり、内外人の交通は頻繁を極めたため、その属地性を緩和せざるをえなかった。ここに活躍したのが、後期註釈学派といわれた *Kommentatoren* である。ルネサンスにおける古代精神の復活、ヒューマンイズムの運動は、再びローマ法を研究の対象とするに至った。ローマ法こそ、全地上における人間の行為を秩序づける唯一の模範と仰がれ、*Bartolus* 続く *Baldus* 等は *statuten* の牴牾解決もこれをローマ法に求めた (*Walker, IPR*, 2. Aufl. 23 ff.)。註釈学派は未だルネサンスの流れには触れなかったが、これに続く *Kommentatoren* こそ、その創造性において *Corpus iuris* の実際への適用に努力し、ルネサンス文化の基礎となったイタリアの国民的な法の構成へ、ローマ法を利用したものであった。彼等の伝えた象徴こそ個人であり、自我の自覚に目覚めた法における個人主義であり、人格の概念であった。これこそルネサンスにおける中心理念であろう。後世、彼等の研究が *mos italicus* と呼ばれるように、彼等のローマ法こそ実は後の *Pandekten* 法学に他ならなかったのである。ローマ法になかった彼等の創作物で今日に残るものは、手形法、社団法、それに実に国際私法である。しかし、またルネサンス、ヒューマンイズムの世俗化は、近代国家の誕生を促し、主権ドグマの創立者 *Niccolo Machiavelli* を生んだのである (*Mitteis, Renaissance, Humanismus und Rezeption. Die Rechtsidee in der Geschichte* 552 ff.)。Bartolus の時代、なお残存したローマ帝国の成員として、キリスト教徒の „*Sacrum Imperium*” (神聖) の信仰は、当時における法秩序の相互的な承認の基礎でもあった。しかし、近代主権国家の成立はこの基礎を破壊し、各国家は内国における外国法の適用を *comitas gentium* (国際) に求めざるをえなかった (*Neumeyer, IPR* 2)。一方、当時すでに、法は人間の

自然より生ずるところの不変の基礎に基づくものとする、世俗的自然法思想も有力に唱えられていた。これは後に、Savigny の法律関係本拠説に現われ、彼はなお属人法を住所地法としたが、その適用の基礎を相互に交通する国際法共同体に求めた思想にみることのできる(田中耕太郎、サヴィニーにおける国際主義と自然法思想、山田教授還暦祝賀論文集)。Raape は Bartolus を Statutentheorie に算えるべきかこの学派は彼の後にはじまったか議論があるとしているが(^{IPR}_{5 Aufl.} 160)、Savigny はこの学派は彼にはじまり 16 世紀の終り頃完成されたとしている(System Bd. 8, 122)。Mitteis は後期註釈学派のヒューマニズムへの影響を強くみるが、Koschaker はこれは後の mos gallicus によらずとして註釈学派及び Kommentatoren の mos italicus と対立させている(Europa und das Römische Recht 106—9)。私はルネサンス、ヒューマニズム、レッツェプチオンこそ、今日の属人法の考え方に強く影響しているのではないかと考える。もちろん、当時の啓蒙自然法の感化を強くうけて、近代的人格の理念は完成され、いかなる他人の権威にも屈することなく、ものの尺度を自分自身の中に求める考え方こそ、自由な人間の活動を発展させたヒューマニズムの真髄であろう(a.a.Q. 105)。かかる自由な人格の崇高な存在として、すべての人は法律上的人格者として権利能力の享有者であり、また行為能力者でなければならない。かつて Eike von Regow が Sachsenspiegel (Landrecht) で、*„Got hevet den man na ime selven gebeldet, unde hevet ine mit siner metere gelededet, den enen also den anderen, ime is die arme also besvas als die rike.”* (神は人を自分に似せて作り給うた。そして被造者を誰れ彼れの区別なく自己の苦難により救済し給うた、神には貧しき者も富める者も等しく)(Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts 38)と叫んだ悲願もここに達成され、1789 年の人権宣言となった。M.E. Mayer もいうように、一つの文化現象である法は、その理念を最高の文化価値において見出さなければならない、それはすべてを包括し無条件に結合した人間の社会でのみ実現されるもので、それこそ Menschlichkeit であり Humanität であると(Rechtsphilosophie 87)。これこそ人の人たる所以、人の道であろう。世界の私法的生活関係の安全保障を目的とする国際私法の理念も、またここになければならないであろう。現代国際私法における属人法の考え方こそこのヒューマニズムにあると考

える。1948年のパリの世界人権宣言も「すべての人間は、生れながらにして自由であり、かつ尊厳と権利とについて平等である」と規定した。この人に本質的な身分及び能力の準拠法として、今日の国際私法でいわれる属人法の意味は、人に関する一定の法律関係の準拠法として、人が何処に赴いても常に適用さるべき、人となんらかの意味で恒久的な帰属関係に立つとみられるある法域の法とされている^(山田鐙一、属人法、綜合、法学 Vol. 2 No. 6 S. 29)。しかしながら、世界国家(civitas maxima)の存在していない今日、人が何処に赴いても常に適用されるような法があるものであろうか。この属人法は従来住所地法であったが、Code civil 3条Ⅲ項が「人ノ身分並ニ能力ニ関スル法律ハ全フランス人ヲ支配ス、外国ニ居住スルトキト雖モ亦然リ」と規定するに及んで、本国法主義が有力となった。これは一方的抵触規定であるが、規定の立法精神より、自国人の身分能力に自国法の管轄を認める以上、外国人の身分能力についても、その本国法を認めるのが当然と解されてきた^{(江川、国際私法、改訂(全書) 52)}。その実質的理由は人格に関する身分能力はいずれの国でもその国の倫理観念・歴史・経済等に職由し、しかしてこれら諸原因の集中するのは人の本国であるがらとされている^(久保、国際私法論 93)。現代の私法は能力を権利能力と行為能力に分ける。行為能力の前提は今日ではいうまでもなく権利能力である。権利能力とは権利義務の担い手としての法的な人格者のことである。これは法によって与えられた一つの特性で、権利能力を与えられている構成物(Gebilde)が法律上の意味における „persona” である。それゆえ、この Person の概念は一つの法概念である。Schnitzer が適切に説明するように、一つの構成物が法的な人格者、Person であるというこの表現は、実は一つの法的特性をもっているということである。Sein の側からする構想は二重の誤解に陥る危険がある。一つの Sein、それは法秩序と関係のない単なる存在とすると、法的特性と生物学的存在との混同がおこる。このことより誤って、無造作にすべての人間は権利能力があると結論することである。第二にはただ個々の人間だけが Person である、何となれば彼こそ「自然の」人だからとする誤った結論である。この結論は他の統一体に法的な人格

を認める場合は、これを「擬制的な人」としなければならない。法的人格はただ一つの具体的な法秩序によってだけ与えられるものである^(Handbuch des IPR, Bd I, 269)。近代主権国家における法と国家の弁証法的必然関係よりいえば当然のことである^(拙稿、法と国家の関係、明大短大紀要 4 号、国際物権法、同 9 号参照)。法律文化の現段階においては、世界人権宣言にも拘らず、内国における外国人はもちろん、内国人と雖も、その法的人格は、内国法秩序の承認においてはじめて可能なのである。一つの領域における活動並びに決定統一体としての近代主権国家は、その法秩序において、その領域内における絶対的支配を要求する^(Heller, Staatslehre 246)。これはまた現代国際法の基礎でもある。田畑茂二郎教授もいうように、近代国際法は、領域国家としての近代国家を基礎的な前提として形成せられたもので、管轄権配分の基準となっているのは、その場所的範囲である。従って、厳密にいうならば、それとは別に管轄権の配分の基準として独立に人的範囲なるものが問題にされるわけではない。国家の領域内にある人は、その国家の国籍を有する国民であると外国人であろうと、すべてその国家の排他的な管轄権に服するわけで、逆に、たとえその国籍を有する人であろうと、外国領域内にあるかぎり、国家は原則としてそれに対し権力作用を行うことは認められない。されば、国家の領域内においては、その国民も外国人もすべてその国家の領域権の下に立ち、国家は、外国人に関しても、国民に対すると同様、それに対しどのような支配を行うかを原則として自由に決定することができる。しかし、そうした自由は絶対的ではなく、外国人の取り扱いについては、一般的な国際慣習法のかたちで、一連の国際法規が形成せられている。そのかぎり、外国人は内国人とは違った特殊な国際法上の地位を認められているわけである。パリの世界人権宣言も、これは単にすべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準を示したにすぎないもので、現在の段階においては、いまだ、一般的に人権を尊重すべき国際義務を国家が負っているというまでには至っていないと^(国際法 I 188—9, 203)。蓋し至言である。外国人の権利享有について規定した実質法を外人法^(Fremdenrecht)というが、わが国におけるこの総則的規定である民法 2

条は「外国人へ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス」と規定し、外国人にも原則として個別的権利能力のあることを示している。これは、民法1条ノ3がすべての人は生れながらにして権利能力を認められると同様に、外国人に対しても内外人平等主義の立場において、外国人の一般的権利能力を認めたものである。ただ、これは、わが国際私法上、問題の権利の準拠法としてわが実質法が指定された場合、わが法令または条約により右の権利の享有が禁止されている場合の外、右の権利の享有能力を定めたものである（久保、^{国際私法論}135-6）。したがって、わが法秩序においては近世文明国の例にならない、外国人と雖も自然人である以上、その法的人格を承認しておる。とわいえ、法秩序が今日領域秩序であって、各国は主権国家として、国境の障壁をめぐらしておる限り、法的人格の取り扱いも、一国的立場でなさざるをえないであろう。元来、国際私法の存在は、外国人の私権保護を前提とするもので、外国人の私権を原則として認めない限り、国際私法で各種の法律関係に準拠法を定めても意味をなさない。したがって、中世の外国人の権利保護の不十分な時代に、国際私法の発達しないことは当然である（江川、^{国際私法}改訂（全書）123）。これ、私が国際私法の理念がヒューマニズムにありと観ずる所以であり、それは、特に、法主体としての人格の概念にみるのである。世界に平和をもたらしものこそ、この国際私法の理念ではなかろうか。異質な法秩序の並存する世界の多様性の中に、Besondereのものを Besondere として尊重することこそ、そこに調和が生れ、Allgemeinheit の原則に適うものではなかろうか。人間の尊重は人間の個性を尊重することといわれるが、この意味において、人格の根元は人の本質的なものとして、その者の属する法秩序に求めるべきで、法例の立場においては、本国法主義である。私は、法例3条I項は、この人格の根元としての権利能力さらには身分関係の準拠法として、身分能力は属人法に従うという歴史的なヒューマニズムを宣言した規定ではないかと考える。したがって、3条は一般的行為能力の準拠法を定めたものと解釈するが、I項は特にその歴史的意味を強調したい。この「能力」なる語は民法におけ

る用語例が行為能力を意味することより明らかであるとされるが^(久保, 国際私法論 95), これこそ間接法概念と直接法概念の混同であろう。また法例修正案理由書も「既成法例ハ第3条Ⅰ項ニ於テ『人ノ身分及ヒ能力ハ其本国法ニ従フ』ト規定シ第Ⅱ項ニ於テ『親族關係及ヒ親族關係ヨリ生スル權利義務ニ付テモ亦同シ』ト規定セリ本案ハ右第Ⅱ項ヲ分離シテ後条ニ規定シ第Ⅰ項中ノ『身分』ナル文字ヲ削除セリ蓋シ古代ニ方テハ人生百般ノ關係ハ身分ニ依リテ定マリタルカ故ニ身分ハ公法上ニ於テモ私法上ニ於テモ重要ナル位地ヲ占メタリト雖モ近世ニ於テハ私法上ノ諸關係ハ概ネ各個人ノ意思又ハ契約ニ依リテ定マリ所謂身分ヨリ契約ニ進ムニ至リタルカ故ニ身分ハ親族關係ヲ除ク外私法上殆ント何等ノ意義ヲモ有セサルニ至レリ夫ノ仏国民法ヲ始メトシ蘭, 伊法白国草案ニ於テ身分及ヒ能力ヲ併記スルカ如キハ一方ニ於テハ沿革上ノ情勢ヲ脱スルコト能ハサルト他方ニ於テハ親族關係ノ規定ヲ欠ケルカ為メナリ故ニ本案ハ最近ノ學說及ヒ立法例ニ倣ヒ本条ニ於テハ単ニ自然人ノ能力ノ有無ヲ定ムルカ為メニ準拠スヘキ法律ノミヲ規定シ身分ナル文字ヲ削除スルコトトセリ」とし, 旧法例の身分を削除したとするが, Ⅱ項の例外規定を設ける理由を「汎ク内国ニ於テ為シタル取引ノ安全ヲ保護スルニ在ルカ故」とするところよりみれば, 立法者自身なお伝統的属人法の規定に迷わされ, 身分と能力の混乱は, 沿革上の情勢を脱すること能わざるものとみられる。今日, 身分關係は親族法相統法に移り, 權利能力概念が宣言の意味しかもたなくなった現代社會の行為能力概念も, 別の観点より評価決定さるべきものではなからうか。同一法秩序における実質法と異なり, 異質な法秩序の競合する牴触法においては, 行為能力は能力といっても人格の如く静的なものではなく, 動的に行為の相手方のあるもので, 法の保証が取引の安全にある以上^(Heller, a.a.O. 254), 行為を支配するその属地的な法秩序に服すべきものではなからうか。人としては, その本来の存在を尊重しなくてはならないが, かかる人格者がひとたび相手に向かい動的に取引社會で活動にはいる場合は, 当然その社會の法秩序に服さざるをえないであろう。これは法例の続く4条5条においても同一の論理

と考える。久保岩太郎博士は、3条を行為能力一般の規定とせられて、民法2条は実質法であり、また同1条ノ3も日本人のみを対象とするもので、法例6条の規定も例外的にわが法律に宣告を認めたもので、人格消滅の原則的準拠法は予想できても、この規定より具体的推断はえられないとして、要之、わが法例には、権利能力の準拠法を定めた規定は存しないと解されるが(国際私法⁹⁵)、法例修正案理由書よりみても、この3条I項こそ、沿革的に、法規分類説以来の、権利能力の準拠法を中心とした属人法主義が混同されて規定されたものではなからうか。

行為能力の準拠法については、法例は3条で「人ノ能力ハ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム 外国人カ日本ニ於テ法律行為ヲ為シタル場合ニ於テ其外国人カ本国法ニ依レハ無能力者タルヘキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ能力者ト看做ス 前項ノ規定ハ親族法又ハ相続法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為及ヒ外国ニ在ル不動産ニ関スル法律行為ニ付テハ之ヲ適用セス」と規定する。本条I項が属人法の原則にしたがい本国法主義を宣言したことは明文の通りであるが、この能力なる語が何を意味するか解釈は分れる。私はこれは属人法のヒューマニズムを宣言したものと思うが、解釈論では一応行為能力を意味すると解する。一般にいわれているところでは、これが権利能力を指すものでないこと、また身分的行為能力についてはその行為の性質上各人の全人格的判断によるものとされ、各個の行為そのものから切り離すことはできず、法例もそれぞれ規定するので、これは結局財産的行為能力のみを意味するものとされている。またそのうちでも不法行為能力の問題もその性質上含まないことも争いが無い。更にI項はII項III項よりみて、また続く4条5条の規定よりみて、一般的行為能力の問題、すなわち成年未成年の区別による能力の有無に関する準拠法を主眼に定めたものと解するのが、一番妥当な見解と思う。したがって、本条は年令に基づく行為能力の問題にのみ適用されるべきものである。かつては、権利能力そのものが問題とされ、属人法のヒューマニズムはこれと闘い、自然人はすべて権利能力者すなわち法的人格者とした

が、これは単に権利を享有し義務を負担しうる地位があるというに過ぎない。これらの者が現実特定の権利や義務を取得負担する行為、例えば売買とか贈与とかをいかにすかは別問題で、これは自然人の場合には智能の発達に応じて、かかる行為を自らなしうるや否やを決定し、自ら完全になしえざる者については、一定の保護者をつけなければならない。個人主義の法律観に立つ近世法は、我妻栄氏もいうように、行為能力についても個人本位の思想に立脚し、人格者たる個人は自己の正常なる意思に基づいてのみ権利義務を取得すべきもので、智能の発達の不充分な者に対してはその行為能力を制限してこれを保護すべしとして、社会の経済取引の安全がそのために脅かされるのを顧みない傾きがあると（民法総則（民法）^{（講義1）32-3}）。この実質法の見解が反映し、抵触法上も行為能力に関する制度は、元来個人保護を目的とするものであるという理由で、身分と共に属人法の支配に服すべきものとされてきた（江川、国際私法^{（論講座II）310}）。しかし、この考え方は、実質法はもとよりそうであるが、ある一つの法秩序の構成分子として個人をみた場合で、人格者と行為地とが別個の法秩序の支配に属する場合は自ら異ならねばならないであろう。BGB では行為能力を Geschäftsfähigkeit とするが ZGB は Handlungsfähigkeit とする。教科書は多く Handlungsfähigkeit を Geschäftsfähigkeit と Deliktsfähigkeit に分ける（Wiefels, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil 62; Lange, BGB Allgemeiner Teil 4Aufl. 137）。Lange は行為能力とは自己の行動（Handeln）によって種々な法律効果を生ぜしめる資格（Fähigkeit）とし（a.a.O.¹³⁷）、また Frankenstein は、権利能力が権利及び義務の担い手として法律生活に関係する場合その法秩序によって承認された資格であるならば、行為能力はこの権利能力を自らの行動によって実際上有効になす権能（Befugnis）で、すなわち自己の Tun によって権利及び義務を取得する権能とする。この法律上承認された Handeln は一つの Tun を前提するばかりでなく、その Tun を発する一つの意味を前提する。しかも、この意味も心理学的なものではなく、法律の意味におけ意味で、その意思に法秩序が法の世界における変更を生ずべき資格を与えるところのものである（IPR（Grenzrecht）^{Bd. I, 398-9}）。Lehmann

は Handlung を法的に無意味なもの（散步、社交上の招待）と、法的に意味あるところのもの、すなわち法律上効力のあるものとに分け、これを juristische Handlung として、この Handlung がその効果を発揮するためには法秩序は平均的な（通常の）意思形成（合理的動機による行為の決定可能性）を要求する。これが行為能力であるとする（Allgemeiner Teil des BGB 10 Aufl. 120-1）。三淵忠彦氏はこれを誠に巧妙に述べられる。行為能力とは自ら有効な法律行為をなしうる資格をいう。人は例外なく権利能力を有する。権利能力のないところに行為能力は考えられないが、権利能力ある者に行為能力のない者はありうる。行為能力は意思能力と区別することを要し、意思能力とは事物を合理的に判断する精神状態をいう。たとえば乳児や狂人はかかる精神状態を有せざる者で、意思無能力者である。自ら法律上有効な法律行為をなしうる資格たる行為能力は、この意思能力を前提とするもので、意思能力なき者は行為能力を有せぬ。しかし、権利能力は意思能力を前提とするのではなく、苟も人である限り、乳児でも狂人でも悉く皆権利能力を有する。意思無能力者は絶対に行為能力を有せぬ。法律行為は意思能力を前提とするのであるから、意思無能力者の為した法律行為は成立せず、したがって何等効力を生じないと（改訂民法概説32-3）。しかし、これは近代法のことで、山田三良博士が指摘するように、古代においては人の法律上の地位は概ね身分階級によって定まり、子たり妻たり家族たる身分を有する者は遺言をなすの能力をも享有できなかったのみならず、士農工商僧侶等の身分階級の如何によって権利能力及び行為能力の範囲を異にし、私法上においても公法上においても身分は重要な地位を占めていたので、行為能力の準拠法を定めるに当たってもまたその根本たる身分と共に同一の属人法に依るべきものとするのを例としたとされるが（国際私法第二分冊 465）、この説明はむしろ今日の国際私法では人の本質的なものとして権利能力の概念に近く、行為能力についてはただ実質法的に同一の法秩序内でいえることであらう。実質法は、同じ法秩序内で、年齢による意思能力の成熟の程度を基準に、劃一的に定めるのが一般である。行為能力の概念は、ゲルマン古法においても、ローマ

古法においても、明瞭ではなかったようである。ドイツ法も、その初めは、人間を決して法律上同じ価値のものとして取り扱わず、多くの階級に対し一般にその法律上の価値を認めず、権利能力者は自由な *Volksgenosse* (同胞) だけで、他のすべての人間は *Volksrecht* に持分なく、彼等非自由人は無権利で、物であり権利の客体であった。外国人や *Volksgenosse* の剥奪者 (*Friedlose*) も無権利であった。この状態は漸次克服され中世の身分的階級社会へ移るが、そこにもなお低い制限権利能力者がいた。ドイツで、人間平等の理念が是認されたのは、18 世紀自然法とドイツ観念論によってであるといわれている。ゲルマン法で行為能力の概念へ影響した要素は、健康、年令、親族の地位及び性別で、このうち今日まで続いたものは、年令と健康である。これらの要素も継受後はローマ法化した (*Hübner, Grundzüge des Privatrechts* 38-9; *Planitz, Grundzüge* 30; *Schwerin, Grundzüge* 13-16.)。ローマ法も古く *manus* は実力なしには考えられなかったもので、権利能力と行為能力の概念は分離せず、*civitas Romana* の成立と共に分れたが、現代とは反対で、権利能力があって行為能力のないものもいたが、権利能力がなくて行為能力のあるもの (奴隷) もあった。法的意味における行為能力は、判断力に条件づけられているので、*normal* には精神的成熟の不足と *anormal* には精神的低能或は障害により除去された。したがって、ローマ法でも行為能力への影響は年令と精神的肉体的健康であった (*Kuhlenbeck, Die Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts* Bd. II 47-55)。以上の歴史的経過よりして、また本条のⅡ項Ⅲ項よりみて、このⅠ項は *normal* な一般的通常の意味能力の場合だけを予定したものと解する。したがってⅠ項によるのは、成年年令、未成年者の能力補充問題、未成年者の瑕疵ある法律行為の効力の問題、また成年宣告、親権・後見の解除、営業の許可の問題等である。これに対し、未成年者が婚姻によって成年者と同一の行為能力を与えるか否かの問題は、婚姻の効力の問題と性質決定すべきで、本項によるべきではない。婚姻による妻の無能力の問題は婚姻関係の首長たる夫のためとして婚姻の効果の問題とされているのに、*„Heirat macht mündig“* についてはその目的如何が問題であるとし、これが婚姻共同生活のために

未成年配偶者をその無能力から解放しようとするものか、あるいは婚姻したような未成年男女は既に精神的には成熟したもの、婚姻は当事者の精神的成熟を証明するものとして成年者扱いにしようとするもので分かれるとし、久保博士は配偶者双方無差別に解放するところよりみて本条によるものとされるが、この性質決定は婚姻の本質論にも関するもので、本条Ⅱ項の準用には若干問題があるとしても、私は婚姻の効力の問題と解すべきものと思う（久保、国際私法における婚姻の身分的効力 法学新報 57 巻 2 号）（法律時報資料版 No. 14; 拙稿、国際婚姻法 明大紀要 6 号参照）。次にⅡ項は内国における取引保護（*favor negotii*）の立場から多数の立法例判例にならない本国法主義の原則に重大な例外を認めた。すなわち、本国法によって無能力者であっても、行為地法たる内国法で能力者なる場合はこれを能力者と看做して、取引の安全を保護するのである。更に解釈論は本国法でも日本法でも共に無能力者であっても本国法の無能力の程度範囲を日本法のそれまで引下げることを認める（折茂、国際私法（各論）20）。法例修正案理由書も「本案ノ精神ハ汎ク内国ニ於テ為シタル取引ノ安全ヲ保護スルニ在ルカ故ニ当事者ノ一方カ内国人タルト将タ双方カ外国人タルトヲ問ハス或ハ同国人間タルト等シク此制限ヲ認メ、或ハ此例外ヲ善意ノ場合ニ限ル制限モ排斥シ、合意タルト単独行為タルト一切ノ法律行為ニ付テ本国法ノ原則ヲ制限スヘキモノ」とするが、これではⅠ項と矛盾するもので、全く内国的扱いである。江川英文教授も指摘するように、行為地法の適用を法律行為が内国で行われた場合だけ取引保護を限るのは、その根本において、できるだけ外国法の適用を排斥しようとするもので、これは国際私法の理念に反するとされ（手形法 88 条Ⅱ項 小切手法 76 条Ⅱ項）（は行為地法の適用を内国に限らない）、更に取引保護主義の例外を認める場合は、その結果として、属人法の適用範囲ははなはだしく縮小され実際上は行為地法の適用の方がむしろ原則であるということができると（江川、国際私法講座Ⅱ 320）。まさしくそのとおりで、私はこれこそ現代国際私法の実体で、教授も行為地法の適用がむしろ原則であるといわれるように、属人法のヒューマニズムの限界であろうと考える。教授も、身分及び能力は属人法に従うという国際私法の伝統的根拠は、属人法が恒久的固定的性質を具えていることで、身

分関係がこれに服することはその法律関係自体の性質から当然とされ、人の身分関係はその影響するところ主として当事者乃至その親族の範囲に限られ、一般社会に対する影響は間接的であるといわれる^(上掲 322)。まさに指摘される通りで、私はこれを親族団体の内部的関係とする。これに反して、行為能力は本来外部的のもので、それはいうまでもなく法律行為の有効要件である。大陸法系は、能力特にこの財産的行為能力（一般的行為能力）を一つの単位法律関係として本国法を準拠法に立て、これは能力の問題が人の身分に依拠して両者の間に離すことのできない密接な関係があるとの考慮からでたとしているが、これは一つの法秩序内では肯定できても、結局は中世以来の伝統的属人法の考え方に誤られたものであろう。異なる法秩序の並存の場合、行為能力の概念は取引社会のその法律行為を支配すべき法秩序から抽出さるべきものであろう。英米法系は取引上の契約には競合的連結として *lex loci actus* ^(行為地法) と *proper law of the contract* ^(契約の準拠法) を立て、またアメリカ法は能力、方式及び実質的権利を *lex contractus* ^(契約法) により統一的に取り扱っている^(Schnitzer, IPR, Bd. I, 274)。江川教授は、結論として、財産的取引を目的とする法律行為に関する行為能力は、一般取引社会に直接影響を及ぼすもので、一般取引社会における取引の安全を確保する必要がある以上は、これを属人法の支配に放任することのできないことも認めなければならないとされ、この傾向は決して理由のないものではなく、国際私法の進化の上から必ずしも不当なものということとはできないとされる^(上掲 323)。Frankenstein はもちろん 3 条 II 項に当る Art. 7 Abs. 3 Satz 1 EGV を例外規定としドイツ法を疑似準拠法とする^{(IPR (Grenzrecht) Bd. I, 421)}。私は II 項は純然たる内国的扱いの規定で、法が今日なお属地的秩序である以上やむをえまいと思うが、現代国際私法の内国的属地的性格を強く現わした規定と考える。属人法の適用されるのは能力が肯定される場合だけであるが、殆ど有名無実であろう。更に、III 項は法例修正案理由書が「第 II 項ノ例外ニ対スル例外即チ第 I 項ノ原則ニ従フヘキ場合ヲ規定セリ」とするのであるが、これは前段については無意味である。何となれば、「親族法又ハ相続

法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為」は身分行為であるから本条を財産的行為能力に関する規定なりと解する以上、これは当然のことを表明した注意規定に過ぎない。後段の「外国ニ在ル不動産ニ関スル法律行為」については、これを物権行為のみに限るものか債権行為をも含むか説は分れる。Ⅱ項を内国的取り扱いの規定と解すれば、債権行為は内国的行為であるから保護主義の適用が妥当であり、物権行為は *lex rei sitae* (目的物の所在地法) の適用が絶対的であるから外国人の内国における行為能力を問題にしても無意味である(実方、国際私法概論再訂版 133)(川上、国際私法講義要綱 76)。結局Ⅲ項は注意規定となろう。

禁治産・準禁治産の制度は、心神が不正常な常態にある者の個人的保護を目的とすると共にこれらの者と交渉をもつ一般社会の公益を維持しようとするものである(江川、国際私法改訂(全書) 194)。わが民法の如く禁治産と準禁治産と分けるものとドイツ民法の如く禁治産のみを規定するものとあるが、要するに両者はその程度に差があるにすぎず、制度の本質上異なるものではないので、国際私法上は区別なく取り扱われる。まず、ここで問題となるのは、わが裁判所は外国人に対して禁治産・準禁治産の宣告をなしうるかという管轄権の問題、次に宣告できるものとしてその原因効力はいずれの法律によるか、第三に外国でなされた宣告の効力はわが国においても承認すべきかということである。法例はこれについて4条に「禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本国法ニ依リ其宣告ノ効力ハ宣告ヲ為シタル国ノ法律ニ依ル 日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外国人ニ付キ其本国法ニ依リ禁治産ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ対シテ禁治産ノ宣告ヲ為スコトヲ得但日本ノ法律カ其原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」と規定し、5条で準禁治産に準用している。まず禁治産宣告の管轄権についてであるが、多数説は法例に規定はないが本人に対する対人主権より本国にありとしている。これに対する江川教授の反駁は正当である。すなわち、この本国の原則管轄とはいかなる意味であるか。もしも、これが一国の裁判所が自国に居住する自国人に対して、法律の認める禁治産・準禁治産の原因ある場合、この宣告をする管轄権があるということであるならば、それは極めて当然のことで、国際私法

上の問題とはいえないであろうと、誠に論旨の通りである。例外管轄については、本国が外国に居住する自国人に対して禁治産・準禁治産の宣告をしても、これを保護することは實際上ほとんど不可能であるから、居住国にも管轄権を認める必要があり、これが4条I項・5条の規定であるとされる^{(江川、国際私法改訂(金書)156-7)}。しかし、これは、禁治産・準禁治産の宣告が本人の行為能力を剥奪制限するものである以上、当然わが取引社会に影響するもので、それはわが取引社会の領土秩序であるわが法秩序において処理されなければならないものであろう。江川教授も、禁治産・準禁治産の制度は、一方において心神の不正常な常態にある者の個人的保護を目的とすると同時に、他方において、これ等の者と交渉をもつ一般社会の公益を維持しようとするものでもある。従って、禁治産・準禁治産の問題については、つねに個人の利益保護と一般社会の公益維持の両面の考慮が働くと考えられ、国際私法では、個人の利益保護の問題は属人法の管轄に属し、一般社会の公益維持の問題は属地法の管轄に属するものとされる。故に、禁治産・準禁治産の問題はこの二つの管轄法と関連をもつとされながら、この制度が営む機能は本来、属地的なものであることを度外視することはできないと^(上掲154-5)。

このジレンマはどこからきたものであろうか。教授は個人の利益保護の問題は属人法の管轄に属すと断定されるが、これは必ずしもそうとはいえないと思う。これは伝統的な属人法の考え方に誤られたものであろうが、個人の利益が保護されるかどうかは、結局、禁治産・準禁治産の宣告をなし、そこに新たな法律関係を創設する法秩序が決定すべきものであって、法の最大の機能が公の秩序維持である以上、一般社会の公益維持といっても、内外人平等主義の今日、特に個人的保護の立場より属人法を重視するいわれはないのではなかろうか。まさにヒューマンイズムのセンチメンタリズムか。この制度こそ本来全く属地的なもので、それはまた現代国際私法の宿命でもあろう。江川教授の結論も同じであるが、この故にこそ、本国で禁治産・準禁治産の宣告を受けている者に対しても、日本の裁判所はこれに対し宣告をなしうる管轄権をもつものと解せられるのである^(上掲158)。次

に本条Ⅰ項は禁治産の原因及び効力の準拠法について規定し、原因については属人法の本国法主義の原則をとるのに反し、効力については、一般社会の公益維持の立場より宣告地法主義を採用している。これは本国法の認める効力が宣告地において発生しえない場合があるのみならず、本国法によるときはわが裁判所の宣告にして当事者の国籍如何によりその効力が異なる不都合を生ずるがためであるとされている(江川、上掲158-9; 山田、国際私法第二分冊489)。この規定は山田三良博士も指摘されるように妙なところがある。4条Ⅰ項は、禁治産の原因は禁治産者の本国法によると規定し恰も外国法のみが常に適用せらるるが如く規定するのは当を得ず、蓋し外国に於て宣告する禁治産の原因は禁治産者の外国法のみ依るか又訴訟地の法律により之を制限することあるかは、我法律に関係なきところなれば、此規定を以て外国の禁治産の宣告を規定するものと為すを得ず、又我日本人に付き我法律により禁治産を宣告することは法例4条を要せざることなれば、之を以て我国民の為に我法律によりてのみ禁治産を宣告することを規定したるものと為すことを得ず。而して、我国に在住する外国人に付ては第Ⅱ項に規定ありて、禁治産宣告の原因は其本国法と共に認むる場合に限り之を宣告し得となすを以て第4条Ⅰ項の前半は全く無用となるのみならず却て誤解を起さしむるの弊あり、又其後半は前述の如く斯かる特別の規定を要せずして明かなる所なるを以て法例第4条は第Ⅱ項のみを必要とし第Ⅰ項の規定は全然無用なりと云わざるべからずと(国際私法、国文、社説182-3)。全く然りである。斉藤武生教授はⅠ項を原則的規定とされⅡ項は例外的規定とされるが、Ⅱ項については立法論として独民施行法8条の如きが正しいとされる(京大講義プリン、ト国際私法133)。これが一般的な解釈であろうが、本来一つの手続において原因と効果とを別異なる法秩序に服せしめることは実質的には一種の矛盾ではなからうか。

Ⅰ項の原則的規定の狙いはⅡ項において、わが裁判所が外国人に宣告をなす場合にその効力を日本法によらしめることに意味があるので、それには当然、法廷地法たる日本法の原因を必要とするもので、これを消極的・制限的機能とみて、言わば法例30条と同様の精神に出づるものとみる見解

(実方、国際私法 概論 再訂版139)には賛成できない。4条は属人法のヒューマニズムを掲げるが、実は3条Ⅱ項と同じく、いや一層強くこのⅡ項の内国的取り扱いの規定に意味があるものと考え、したがって、わが裁判所はⅡ項によって外国人に禁治産の宣告をなしうるのであるが、これは人の行為能力を制限剥奪するものでいわば人を半人前にする処置であるから、内国に或る程度の密着性を必要とするもので、一時的滞在では十分でなく、日本に住所又は居所を有することを必要とする。この住所又は居所の概念決定はわが実質法による。内国的取り扱いより当然のことである(久保、国際私法論 211, 概論改訂版¹²⁶; Frankenstein, a.a.O. 432)。

さて、問題は、法例にいう禁治産宣告の効力とは何を意味するかである。久保博士は、禁治産宣告の効力とは直接には禁治産者なる人的地位の発生自体であり、間接には禁治産者の能力の剥奪又は制限並びに後見又は保佐の発生であるとされ、更に、この直接及び間接の効果全体を意味するものとするが如く解せられる学説もあるが、法例4条(5条)と後見(保佐)問題につき規定する23条(24条)とを対照するときは、我が法例が禁治産宣告の効力と後見とを区別することは明らかであるとし、又、禁治産宣告の効力とは禁治産者の無能力の創定、換言すれば禁治産者の発生のみならず、禁治産者の行為能力の剥奪又は制限を意味するものとする学説があるが、博士は、更に4条(5条)と能力問題につき規定する3条とを対照され、無能力の創定自体は3条の定むる所であり、かくて、禁治産の効力とは、禁治産宣告の直接の効果たる禁治産者なる人的地位の創定のみを意味するものと解したいとされ、同説 Frankenstein IPR(GRENZRECHT) Bd. I. S. 435 を引用され、人的地位論を主張される。博士は更に、かく解するときは、本国に於て宣告の為されたる場合は禁治産者の発生、能力、後見は総て本国法により、第三国に於て宣告の為されたる場合も、禁治産者の発生は宣告地法に依るが、能力、後見は本国法によるため相互の聯絡統一が破らるるも、能力と後見は同一準拠法に依るから不都合はないとされ、これは4条Ⅰ項の場合の解釈であるとし、Ⅱ項の場合は、仮りに之を肯定すれば禁治産の発生と後見は日本法で、能力は本国法に依ることとな

るが、この場合は能力に当然適用ある3条II項がその効力を発揮するものとされる。かくして、博士は、然し乍ら法例が日本裁判所に在住外国人に禁治産の宣告を為し得ることを認めたのは内国取引の保護を主眼とすることより考へ、又第三国の宣告の場合に後見を本国法に依らしむるに拘らず、日本の宣告の場合に後見を日本法に依らしめていること（法例²³条II項、同²⁴条）より見て、この場合は例外として禁治産者の能力問題も亦日本法に依らしめているものと思うとされている（（国際私法論 214-6））。博士も内国取引の保護を主眼とすると考えられるが、これは全くの内国的取り扱いだからであろう。

Frankenstein は、人は本国法に従うという彼の第一次の連結より、科学的原則によれば内国における外国人の禁治産宣告は実質的（materiell）にはその本国法に従属しているもので、これは最近の科学において一般に承認されているところの自明の理であるとしている（（a.a.O. Bd. I 430））。しかし、これはフ氏の民族心理学的法律観よりくるもので、法と国家の弁証法的関係よりは承服しえないところである。したがってフ氏はその理論より Art. 8 EG の場合が、もちろんこれは例外としてであるが、Art. 7 EG で定立した原則を崩壊させたものであるとして、その無体系性（Systemlosigkeit）における一面性と顛倒性を真に立法上の不手ぎわの遺憾な記念品と長嘆している。氏の立場よりはまさにさもあらん。かくてフ氏は Art. 8 の連結は一つの疑似連結（Pseudo-Anknüpfung）であるからすべての Qualifikation も疑似準拠法（Pseudostatut）から、すなわちドイツ法から導出されるとする。そしてこの正当化はただ内国の取引の安全を考慮してのことで、ここで内国への密着性を主張する。かくして、宣告の効力については、すなわちドイツ法が Art. 8 EG にしたがって本国法を考慮することなく宣告した禁治産の効果については、法律になら規定されていないし、また Art. 8 はただ内国における外国人にドイツ法により禁治産の宣告をなすことを得と規定するのみなので、このような例外規定は拡張解釈は許されないから、狭く解すれば、ドイツ法は禁治産宣告までの現象を包含するもので、すなわち宣告自体の言渡までであると。そしてフ氏は Entmündigung が何を

意味するかはもちろん同様にドイツ法から取り出されるとして、それは行為能力の喪失或は制限で、ドイツ法の支配はそれ以上には及ばないとし、心神耗弱で禁治産の宣告を受けた者、それ故ドイツの見解によれば制限行為能力者たる外国人がいかなる法律行為をなしうるかは、彼の行為能力の問題で、Art. 7 EG で第一次には彼の本國法にしたがって判断される (Art. 7 Abs. 3 の制限^(法例3条Ⅱ項に当る)) をもって)、換言すれば、外国人の禁治産の宣告は、成程、彼がドイツにおいて禁治産の決定の内容に応じて行為無能力者或はただの制限行為能力者であるという結果にすぎない。しかし、ドイツ法によって課せられたこの行為能力の廃除或は制限が個々の場合にいかに現われるかはただ行為能力を支配する準拠法が決定するのであると (a.a.O.⁴³⁵)。久保博士の引用されるのはこの箇所、博士はフ氏の所説は難解であるが、フ氏が行為能力の有無とその有無が個々の行為に及ぼす影響とは等しく行為能力の準拠法に依らしめるので、禁治産宣告の効力とは禁治産者の発生のみを意味するものと解したとされる (国際私法²¹⁵⁻⁶)。私もフ氏の第一次の連結の Postulat にはその発想法として深甚の敬意を表するものであるが、ここの説明はあまりに本國法主義の亡霊に悩まされている観がある。フ氏は Art. 8 の連結は疑似連結であるから、すべての Qualifikation もまた疑似準拠法すなわちドイツ法から抽出すべしとし、更にまた „Entmündigung” が何を意味するかもドイツ法から抽出するとして、フ氏自ら疑似連結として内国的な扱いを認めておきながら、なおなぜ正規の第一次の連結に執着するのだろうか。推測に苦しむ。フ氏の Qualifikation からいっても、ドイツにおける禁治産宣告の効力は当然ドイツ法的に扱われねばならぬものではなからうか。江川教授も、この解釈は、はなはだ巧みな理論構成というべきであるが、心神の欠陥ある者に対して禁治産・準禁治産を宣告する目的の大半はこれらの者の行為能力を剥奪もしくは制限することにある。したがって、これを宣告された者をただ禁治産者・準禁治産者とするだけではなんの意味もない。この意味で禁治産者・準禁治産者という人的地位とこれらの者がいかなる行為能力をもつかということは不可分の関

係にあるというべきであると(国際私法講 Ⅱ 315)。誠に正鵠をえた説明と思う。最後に、外国で宣告された禁治産・準禁治産の効力を日本でも承認すべきかの問題がある。まず、宣告地における禁治産者・準禁治産者の行為に関する宣告の効力、すなわち被宣告者が宣告地で行った行為について、これを日本でも禁治産者・準禁治産者の行為と認めるか否かは、4条(5条)によりこれを判断する。したがって宣告地の国家が日本の国際私法上、これに関する管轄権が認められ、日本の国際私法上の認める準拠法にしたがって宣告したものである以上、当然これを承認すべきである(江川, 国際私法 改訂(全書) 161)。次に、宣告地以外の国における禁治産者・準禁治産者の行為に関する禁治産・準禁治産宣告の効力を日本でも承認すべきか。これは行為地の国際私法的評価の問題で、宣告がわが法例4条(5条)の建前でなされ、それが行為地においても承認される場合は前の場合と同じくこれを承認すべく、それ以外は、禁治産・準禁治産制度の属地的なることより否認すべきである。しかれば、これら外国で禁治産・準禁治産の宣告を受けた者が、日本に渡来した場合、日本でもこれを禁治産者・準禁治産者として取り扱うべきか。この制度が本来属地的といわれる所以のものは、近代主権国家における領土秩序の絶対性に求めるべきで、行為能力の制限剥奪は法主体としての被宣告者自身のためでもあるが、実はその法主体が生活し活動する対社会関係において意味があるので、それはその被宣告者の生活するその法秩序内で解決されるべきものである。したがって、必ずその法秩序内で公告の如き一般社会への公示方法(家事審判規則 28条参照)をとまなうもので、それは手続として今日なお一国的である。江川教授もいわれるように、この制度においては個人の能力制限と公示方法とは本質上決して切り離すことのできない関係であるから、取引の安全の点からみても否認説が妥当であると(国際私法講 Ⅱ 332)。蓋し、この制度として当然の帰結であろう。